

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra *Direito Civil Constitucional*, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro *Temas de Direito Civil*, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

ATIVIDADE E TUTELA DOS CONTRATOS SEM NEGÓCIO JURÍDICO FUNDANTE

ACTIVITY AND PROTECTION OF CONTRACTS WITHOUT LEGAL TRANSACTION FOUNDING

Juliana da Silva Ribeiro Gomes Chediek

Resumo

O presente trabalho procura demonstrar a importância dos princípios na tutela dos contratos sem negócio jurídico fundante. Conforme já foi demonstrado por Haupt, Larenz e Ascarelli, podem existir contratos sem fundamento em negócio jurídico propriamente dito. Muito embora nas relações contratuais clássicas existam características e elementos que muitas vezes não se apresentam nas relações contratuais dos dias atuais, há necessidade de proteção do vínculo formado, bem como das partes interessadas, a despeito da ausência de requisitos formais que, tradicionalmente, seriam essenciais para a existência e validade do negócio jurídico. De acordo com a metodologia civil-constitucional, para além da valorização da estrutura dos institutos de direito privado, a funcionalização de tais institutos é essencial para determinação de sua validade, questionando-se não apenas o que ele é, mas para o que ele serve. O trabalho aprofundará o estudo de quatro princípios que se apresentam como fundamento de proteção dos contratos sem negócio jurídico. São eles: a boa-fé, a vedação ao enriquecimento sem causa e a tutela da aparência.

Palavras-chave: Contrato sem negócio jurídico, Princípios, Vínculo contratual de fato

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks to demonstrate the importance of the principles in the protection of contracts without founding legal transaction. As already demonstrated by Haupt, Larenz and Ascarelli, there may be contracts without foundation in legal transaction itself. Although the classical contractual relations demands characteristics and elements that aren't often present in the contractual relations nowadays, there is the need for protection of the bond formed, as well as of the interested parties, despite the absence of formal requirements that traditionally would be essential to the existence and validity of the transaction. According to the civil and constitutional methodology, in addition to the appreciation of the structure of private institutes, the functionalization of such institutes is essential to determine its validity, questioning not only what it is, but for what it serves for. The work will deepen the study of four principles that are presented as a basis for the protection of contracts without legal transaction founding. These are: good faith, the seal to unjust enrichment and the protection of appearance.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contracts without legal transaction, Principles, Contractual bond of fact.

Introdução

O presente estudo almeja problematizar o manejo dos princípios na tutela dos interesses patrimoniais das partes nas hipóteses de atividade contratual sem negócio jurídico fundante. Partindo de uma das premissas metodológicas do direito civil-constitucional, que é a incidência direta e indireta dos princípios nas relações privadas (TEPEDINO, 2008), discorrerá sobre a importância dos princípios e de que forma estes podem ser utilizados para o reconhecimento das obrigações recíprocas e correspectivas entre os centros de interesse nas atividades praticadas, bem como para a qualificação da tipicidade social dos comportamentos socialmente típicos.

No galopante e desenfreado avançar da era chamada por alguns de pós-modernidade (LYOTARD, 1998), por outros de modernidade líquida (BAUMAN, 2000), ou ainda de hipermodernidade (LIPOVETSKY apud FACHIN, 2011), na qual vivencia-se o espetáculo de uma sociedade liberal caracterizada pelo movimento, fluidez e flexibilidade, muitas vezes, os princípios da modernidade estrutural não se aplicam às relações travadas pelos particulares. As relações jurídicas tornaram-se mais complexas, se modificaram, e também, o contrato mudou.

Exemplos de atividades sem negócio jurídico fundantes são as celebradas diuturnamente por incapazes, mormente diante de uma sociedade pautada pelo hiperconsumo (FACHIN, 2011), na qual crianças e adolescentes têm acesso a praticamente todo tipo de contratação eletrônica ou virtual, seja para adquirir bens, contratar serviços, ou ainda para ceder sua imagem ou navegar nas redes sociais¹ (ambiente onde é possível visualizar as mais excêntricas comercializações²). Na grande parte das vezes, as contratualizações realizadas pelos incapazes produzem efeitos jurídicos plenos, muito embora não sejam válidas nos

¹ Alguns exemplos de redes sociais são o Facebook, o Instagram e o agora extinto Orkut. Bauman (2011, tradução nossa) discorre da seguinte forma sobre a volatilidade das redes sociais: “*Um viciado em Facebook me confidenciou, ou melhor, gabou-se para mim de ter feito quinhentos amigos em um dia. Minha resposta para ele foi a de que eu vivi oitenta e seis anos e não tenho essa quantidade de amigos, eu não consegui. Então, presume-se que, quando ele fala sobre 'amigos' e eu falo sobre 'amigos' não dizemos o mesmo, são coisas diferentes. Eu nunca tive, quando era jovem, o conceito de 'redes', eu tinha o conceito de laços humanos, de comunidades. Qual a diferença entre a comunidade e a rede social? A comunidade precede você, você nasce numa comunidade. Ao passo que na rede, esta é feita e mantida viva por duas atividades diferentes: uma é conectar e a outra é desconectar. E eu penso que a atratividade desse tipo de amizade, como a que eu chamo de amizade do Facebook, está exatamente aí: é tão fácil conectar-se, fazer amigos, mas o maior atrativo é a facilidade de desconectar. Imagine que se você tiver amigos off-line, reais, cara-a-cara, olho-a-olho, terminar um relacionamento é um evento traumático: você tem que encontrar desculpas, você tem que explicar, tem que mentir, mesmo assim, você não estará a salvo, pois o outro poderá dizer que você não está correto, é um porco, etc. É difícil. Mas na internet, é tão fácil, você apenas aperta o deletar, e acabou.*”

² Como é o caso do leilão da virgindade pela internet, narrado por Chediek, 2014.

termos da teoria do negócio jurídico que atualmente vigora em nosso ordenamento.

Nem todas as relações contratuais travadas entre particulares possuem como base um negócio jurídico em sentido formal, muito embora para a teoria contratual clássica³, as relações contratuais baseiam-se na vinculação contratual fundada na autonomia da vontade, o que tem se mostrado insuficiente para os contratos dos dias atuais. O presente trabalho parte das teorias de Larenz (1956) e Ascarelli (1987), bem como dos trabalhos já publicados por Tepedino (2011) e Silva (2011), que reconheceram efeitos jurídicos à atividades sem negócio jurídico fundante, a despeito da ausência de formalidade.

A teoria do negócio jurídico⁴ - atualmente adotada no ordenamento pátrio e formulada no auge do voluntarismo – subordina os efeitos obrigacionais a uma série de pressupostos, requisitos e modalidades associadas a elementos objetivos subjetivos e formais. Um de seus mecanismos envolve a análise da eficácia *lato sensu* do negócio jurídico em três planos: de existência, validade e eficácia, nessa ordem examinados, o que se prestaria à segurança das negociações. (BARBOZA, BODIN DE MORAES, TEPEDINO, 2007, p.311)

A teoria dos atos inexistentes foi elaborada no século XIX por Zacharie e desenvolvida pelas doutrinas francesas e italiana, se encontrando explicitada em obras clássicas e modernas da literatura jurídica nacional. O plano da existência sempre estabeleceu o controle jurídico sumário das manifestações despidas de vontade, antecipando-se ao desfazimento do negócio ao controle de validade, o que demonstra como uma solução por vezes artificial, uma vez que revela uma valoração fenomenológica, sobre existir ou não existir. (TEPEDINO, 2011)

Esta teoria é ainda objeto de controvérsia doutrinária, pois, conforme assinala Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 629) a matéria carece de boa exposição dogmática, não só quanto à fixação dos conceitos, como também no que diz respeito à terminologia, que restaria desconstruída e imprecisa.

É de se observar que, a despeito da teoria do negócio jurídico ter sido formulada no apogeu do liberalismo econômico dos séculos XVII e XVIII com grande sofisticação pela doutrina de seu tempo, muitas vezes, ao confrontar-se a realidade jurídica com a realidade fática, verifica-se que, atualmente, existem relações admitidas socialmente que não gozam de proteção conferida ao direito pelo negócio jurídico.

³ Artigo 1101 do Código Civil Francês de 1804 “O contrato é um acordo pelo qual uma ou mais pessoas se obrigam, perante um ou mais sujeitos, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa”

⁴ Os negócios jurídicos e os contratos são entendidos como declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos almejados pelos declarantes. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2002).

Por esta razão, desenvolveu-se, a partir da primeira metade do século XIX, a teoria das relações contratuais de fato, que teve o mérito de alargar a admissibilidade pelo direito de tais contratações, atuando como válvula de escape para o excessivo rigor técnico imposto pelo vigoroso controle de validade dos negócios jurídicos. Conforme leciona Tepedino (2011), Haupt construiu teoria pioneira pleiteando a conservação de efeitos de alguns atos, a despeito da invalidade do negócio, explanando-a em uma aula inaugural proferida na Alemanha, no início do século XX, propondo solução diante do contraste entre a legitimidade da atividade desenvolvida e a invalidação do ato social que a constitui. Haupt (apud SILVA, p. 31) reconheceu, em vista das condições massificadas do tráfego jurídico, relações contratuais que se originam sem ajuste anterior. Sua doutrina das relações contratuais de fato, foi desenvolvida como possibilidade de constituição de relações jurídicas de tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais. (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 555)

Nessa direção também caminhou a teoria do comportamento socialmente típico desenvolvida por Larenz (2006), nos anos 50 que – muito embora tenha sido posteriormente sepultada na terceira edição de seu livro sobre obrigações – criticava a exasperação da vontade negocial como fonte primordial das obrigações. Para Larenz (2006, p. 60), o comportamento social típico seria fonte de obrigações, o que adviria da avaliação social do ato, que é a manifestação de uma convicção jurídica geral. Isto é, admitem-se atividades contratuais extraídas do contato social.

Sobre a rejeição de tal teoria, Tepedino (2011) esclarece que este fato se associa mais ao contexto histórico-ideológico na qual a doutrina estava inserida do que aos fundamentos teóricos desta, uma vez que foi concebida em oposição à teoria do negócio jurídico, como construção crítica ao papel da vontade na teoria contratual – muito embora, não renegue o papel da vontade, mas sim, a considere secundária, de acordo com algumas atividades socialmente típicas.

Pietro Perlingieri (2006, p.142) teve a oportunidade de discorrer sobre o que chamou de situações jurídicas de fato, identificando-as em três institutos: a posse, a família não fundada no matrimônio e as obrigações naturais. Para este autor, quando se diz que uma situação jurídica é dita “de fato”, na verdade, se está dizendo que aquela situação não é juridicamente irrelevante para o direito, pelo contrário, é o ordenamento que estabelece a relevância jurídica dos fatos.

Diante da verificação por diversos autores da incapacidade da concepção clássica do negócio jurídico⁵ de tutelar todas as situações jurídicas patrimoniais, nos anos 70, a ampliação do âmbito de atuação do negócio jurídico foi um expediente utilizado para albergar numerosas atividades socialmente típicas, seja mediante a invocação da vontade presumida de seus agentes, seja pela ratificação de atos inválidos, nos quais a legislação aceitava a atribuição de efeitos patrimoniais ressarcitórios decorrentes de negócios invalidados. Porém, este não se configura o melhor caminho para examinar as relações jurídicas patrimoniais cuja função tem amparo em valores constitucionalmente protegidos. (TEPEDINO, 2011).

Na doutrina italiana, Tulio Ascarelli (1987) desenvolveu a teoria das relações jurídicas de fato, sendo inclusive reconhecida pela Suprema Corte Alemã nos anos 70. Para este autor (1987, p.140), a atividade não significa ato, mas sim uma série de atos coordenados a uma finalidade comum⁶.

Traduzindo a ideia deste autor para uma releitura funcionalizada, Juliana Pedreira da Silva (2011, p. 10) destaca que os atos isoladamente considerados devem ser qualificados e tutelados diversamente em relação ao conjunto unitário que constituem, e, por via de consequência, se o ato for considerado nulo, na ausência de requisitos legais, tal nulidade não atingirá a atividade que o deflagrou. A autora leciona que:

A atividade deverá ser valorada por via autônoma, às vezes disciplinando até mesmo uma especial capacidade do sujeito para o seu exercício, sendo certo que a existência e relevância jurídica da atividade são indiferentes à vontade dos centros de interesses envolvidos na relação jurídica. Do exercício da atividade deriva uma qualificação que constitui pressuposto de aplicabilidade de uma disciplina específica, dependendo da categoria que se encontrar a atividade. Para qualificar será preciso investigar a função da atividade no sistema jurídico [...] As atividades empresarial, administrativa e laborativa, por exemplo, demandam tutelas específicas, na medida em que a função econômico-social de cada uma dessas atividades é diversa e conduz a qualificações diversas. (SILVA, 2011, p.11)

Dessarte, na prática, para que se possa proceder à qualificação concreta da atividade contratual sem negócio jurídico, é preciso, muitas vezes, encarar a sucessão de atos funcionalmente interligados sem prévia tipificação para reconhecimento do negócio, abandonando a técnica da subsunção – conforme Tepedino (2008), já há muito superada pela metodologia civil-constitucional - em favor da verificação em concreto da disciplina aplicável

⁵ Francisco Amaral (2003, p. 371) apresenta conceito clássico de negócio jurídico como a declaração de vontade destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece.

⁶ “Actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común (y el término “acto”, más que em su alcance jurídico técnico, debe ser a este respecto entendido, al menos para las personas físicas, como equivalente de “negocio”, a su vez resultante de uno o varios actos jurídicos, porque para las personas físicas, es una pluralidad de “negocios”, y no puramente de “actos”, la que puede presentarse como coordinada, formando así una “actividad”).” (ASCARELLI, 1987, p. 141)

ao conjunto de atos de diversa natureza jurídica.

Para Tepedino, é necessário reler-se a doutrina dos comportamentos socialmente típicos, não a partir do afastamento do elemento volitivo como motor de livre iniciativa, mas sim mediante a distinção entre a vontade negocial e a vontade contratual. O negócio jurídico permaneceria vinculado ao controle do Código Civil, no qual a vontade é um elemento essencial para sua validade, ao passo que nas atividades socialmente típicas, decorrentes de atos não negociais, a verificação de validade se daria em um momento posterior, a partir dos efeitos produzidos, independentemente da declaração destinada à instauração do vínculo, conferindo-se juridicidade a situações que não seriam, a rigor, admitidas. Dessa forma, ampliar-se-ia o controle da atividade privada, desejando-se proteger efeitos socialmente relevantes de negócios inexistentes ou inválidos, sem que isto seja empecilho para a tutela jurídica de situações dignas de proteção. (TEPEDINO, 2011)

Para preservar os efeitos jurídicos decorrentes de certos vínculos, é preciso destacar a relevância dos princípios para a tutela dos contratos sem negócio jurídico fundante, o que possui íntima relação com as consequências decorrentes da adoção de tal construção. A primeira das consequências, diz respeito à admissão como válidos efeitos e atividades desprovidas de negócios jurídicos fundantes, atribuindo juridicidade à efeitos socialmente reconhecidos a partir da qualificação *a posteriori* da função da atividade realizada, por meio de controle de merecimento de tutela realizado à luz da legalidade constitucional. Uma segunda ordem de consequências se opera no campo da responsabilidade, no que tange ao inadimplemento, o que possibilitaria a superação da rígida distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, com base na existência ou não de negócio jurídico. (TEPEDINO, 2011)

Por tudo isso é preciso passar à análise dos princípios que auxiliarão o trabalho dos juristas na análise dos contratos sem negócio jurídico fundante, a fim de propiciar uma releitura conceitual do contrato sob uma ótica funcionalizada. É de extrema relevância a aplicação da metodologia civil-constitucional neste processo, uma vez que será tarefa do jurista não só interpretar as normas ordinárias conforme a Constituição, mas reconhecer e garantir que as normas constitucionais sejam aplicadas diretamente às relações jurídicas, trazendo concretude à Constituição da República.

Obtendo a máxima realização dos valores constitucionais na seara das relações privadas e atribuindo a eles uma primazia substancial na interpretação e na aplicação do Código e das leis especiais, cada conflito de interesses deverá ser resolvido com base na análise integral do ordenamento jurídico e, em particular, dos seus princípios fundamentais, e

não apenas em um único artigo de lei ou estritamente a partir das normas de Direito Privado, de forma que a solução do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional. (TEPEDINO, 2006)

1. A importância dos princípios nos contratos sem negócio jurídico fundante

Nas contratações sem negócios jurídicos fundantes, muitas vezes, não há cláusulas contratuais formalmente estabelecidas entre as partes, o que faz com que os intérpretes das atividades tenham que socorrer-se dos princípios para auxiliá-los na interpretação das cláusulas e, conseqüentemente, na tutela dos interesses das partes. (SILVA, 2011, p. 84).

Porém, antes de ingressarmos na análise dos princípios e de que maneira eles podem auxiliar o intérprete na proteção das situações patrimoniais não protegidas pela teoria do negócio jurídico, é preciso elencar quais elementos com frequência se verificam para que se possa visualizar a cadeia de atos que compõem a atividade.

Para Juliana Pedreira da Silva (2011, p. 83), a identificação do contrato sem negócio jurídico passa pela necessidade da presença dos seguintes elementos: a) dois ou mais centros de interesses; b) a coordenação das condutas entre os centros de interesses que deflagra a mínima unidade de efeitos, ou seja, a causa; c) o cumprimento da função social da atividade desenvolvida, o que não há legitimidade no comportamento capaz de tipificá-lo socialmente.

No que tange ao primeiro elemento, oportuna a colocação de Perlingieri (2007, p. 106) sobre os interesses ou situações jurídicas considerando-os algo externado pelo comportamento, traduzido por um ato jurídico ou uma atividade. Isto é, a situação seria um interesse que, essencial a sua existência, constitui seu núcleo vital e característico. Esse ou esses interesses também estarão presentes por oportunidade do estabelecimento da atividade sem negócio jurídico.

Quanto ao segundo elemento, isto é, a coordenação das condutas entre os centros de interesses, trata-se da caracterização da relação jurídica, uma vez que o negócio jurídico não é o único meio para coligar ou vincular centros de interesses. (SILVA, 2011, p. 82)

No que tange ao último elemento, isto é, à função social, desde a vigência do Código Civil de 2002 e da adoção da função social do contrato como princípio expresso do direito contratual, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm debatendo sobre os contornos do artigo 421, uma vez que a definição de seu alcance ainda é um dos desafios da nova contratualidade⁷.

⁷ O artigo 421 do Código Civil possui a seguinte redação: “A liberdade de contratar será exercida em razão e

A técnica legislativa aberta para inserir a função social do contrato no ordenamento jurídico fez com que doutrina e jurisprudência debatessem sobre seu conteúdo, de forma a procurar garantir que o instituto não remanesça meramente retórico e vazio de aplicabilidade prática.

Em doutrina, Tepedino (2008) sintetizou a divergência sobre o conteúdo do princípio em três correntes principais. A primeira delas sustenta que a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma, mas pelo intermédio de outros institutos de direito civil. Uma segunda corrente concebe a função social do contrato como forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros. Uma terceira linha de pensamento, elabora a função social como princípio que, informado pelos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social da livre iniciativa, da igualdade substancial e da solidariedade social, impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Além de Tepedino (2008), Godoy (2007), Haddad (2013) e Rulli Neto (2011) posicionam-se nesse sentido.

A cláusula geral contida no comando normativo do artigo 421 do Código Civil, constitui uma disposição normativa dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe uma autorização para que, diante dos fatos concretos, crie a norma jurídica.

Assim como Perlingieri (2008), no presente estudo compreende-se que a norma existe na sua realização, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto, por tal razão, busca-se os princípios como preciosa fonte e diretamente aplicável para a solução e tutela dos interesses patrimoniais das partes, nas atividades sem negócios jurídicos fundantes.

Nas atividades ou comportamentos socialmente típicos, os princípios possuem grande importância, eis que delineiam os contornos da atividade, atribuindo a esta caráter contratual e criando obrigações entre os centros de interesses envolvidos, com vistas à sua própria afirmação, no tráfego jurídico.

Os princípios são determinantes para o reconhecimento das obrigações recíprocas entre os centros de interesse, e, por via de consequência, para o reconhecimento da tipicidade social da atividade surgida. (SILVA, 2011). Passemos, então, a eles.

nos limites da função social do contrato.”.

1.1. A boa-fé contratual.

A boa-fé se apresenta em duas modalidades: a subjetiva – que representa o estado do agente que ignora a existência de sua conduta – e a objetiva – consubstanciando mandamento de conduta que impõe comportamento leal e honesto entre os contratantes. (MARTINS-COSTA, 1999). A boa-fé objetiva representa expressão do princípio da solidariedade social no campo das relações privadas, de forma que os contratantes devem evitar que o vínculo que os aproxima seja fonte de danos mais do que de benefícios. (KONDER, 2012).

A doutrina brasileira, assim como a doutrina germânica, atribui à boa-fé uma tríplice função: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva dos abusos de direito contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação ou de lealdade. (TEPEDINO e SCHREIBER, 2005)

Muitas vezes, espera-se dos contratantes comportamentos que, nem sempre estão disciplinados nos negócios jurídicos, de maneira que o princípio da boa-fé objetiva viabiliza as exigências do tráfego social, dando concretude ao conteúdo desses deveres de conduta.

Nos contratos sem negócios jurídicos fundantes, a boa-fé objetiva vai além, pois ela permitirá a criação de deveres principais independentes. Isto é, o princípio da boa-fé objetiva poderá servir de fundamento principal para a vinculação, a partir da confiança despertada para o implemento da atividade, ligando-se à coordenação de condutas entre os centros de interesse de forma a revelar e dar conteúdo aos respectivos deveres de conduta. (SILVA, 2011).

A boa-fé cria deveres no âmbito da confiança despertada no contato social. Em primeiro lugar, deveres principais, normalmente utilizados para identificar o tipo contratual, considerados o núcleo da relação obrigacional. Em segundo lugar, os deveres secundários, os quais podem ser acessórios da obrigação principal ou deveres com prestação autônoma, substitutivos ou complementares de uma outra obrigação. E em terceiro lugar, deveres que não estão voltados pura e simplesmente para o cumprimento do dever de prestar, cujo escopo não é diretamente a realização ou a substituição da prestação, mas que direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, de maneira a salvaguardar outros interesses que devem ser levados em conta na relação. (KONDER, 2012).

Para Konder (2012, p. 223), a grande dificuldade de enquadramento dos deveres acima se inicia na indicação de sua fonte, eis que, oriundos da incidência da boa-fé, eles não são nem produto direto da autonomia privada, uma vez que atuam independentemente da vontade expressa das partes, nem tampouco de imposição legal específica, no que tange ao

tipo contratual adotado. Porém, é importante ressaltar que a obrigação decorrente de boa-fé possui natureza contratual, pois a boa-fé objetiva é fonte autônoma de obrigações.

Há, na jurisprudência brasileira, julgado da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar⁸, no qual admite a produção de efeitos da atividade do empresário que oferece o serviço de guarda de veículos mesmo se inexistirem os requisitos formais indispensáveis para a caracterização do contrato de depósito. A rigor, não se poderia admitir a produção de efeitos jurídicos com base em vontade presumida na ausência de solenidade essencial à validade do negócio. Porém, para o Relator, a utilização de bens ou serviços pode ocasionar comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as consequências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas que dela se distinguem.

No aresto acima mencionado foi admitido que não houve, por parte do empresário que guardava os veículos, a vontade de celebrar negócio jurídico, porém, possível o reconhecimento da atividade de guarda de veículos direcionada à captação de clientes, com o oferecimento de maior segurança, o que reforçaria a atividade empresarial praticada. (SILVA, 2011, p.93)

Casos análogos já foram submetidos ao crivo do Poder Judiciário, havendo outros precedentes da aplicação do raciocínio supra por outros julgadores, reforçando a admissão da teoria para tutela dos interesses patrimoniais das partes⁹. Em tais casos, o intérprete deverá valer-se do princípio da boa-fé objetiva para visualizar a imposição do dever de proteção dos bens dos clientes do estacionamento, diante da presença dos elementos da atividade acima descritos, quais sejam, a existência de dois centros de interesse, a coordenação das condutas entre os centros de interesses que deflagra uma mínima unidade de efeitos a caracterizar a atividade e, por fim, o cumprimento da função social da atividade desenvolvida.

Destarte, pode-se demonstrar como o princípio da boa-fé objetiva pode ser utilizado

⁸ “Responsabilidade civil. Estacionamento. Relação contratual de fato. Dever de proteção derivado da boa-fé. Furto de veículo. O estabelecimento bancário que põe à disposição dos seus clientes uma área para estacionamento de veículos assume o dever, derivado do princípio da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário. O vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim, estabelecida, que serve de fundamento à responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever. Agravo improvido.” (STJ, AgRg no Ag 47.901-3, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 12.9.1994.)

⁹ RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE BENS DO INTERIOR DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. DANOS MATERIAIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 130 DO STJ. Extraíndo-se do contexto probatório a veracidade das alegações prestadas pela parte autora, no sentido de que teve efetivamente subtraído de seu automóvel acessórios que se encontravam no interior do veículo, deixado em estacionamento de supermercado, ainda que gratuitamente, faz jus à indenização respectiva. Aplicação da teoria das relações contratuais de fato. Questão probatória - aplicação da redução do módulo da prova, quando o conjunto das circunstâncias está a gerar o chamado paradigma da verossimilhança. Sentença de primeiro grau mantida por seus próprios fundamentos. (Recurso Cível Nº 71000867895 - 2ª Turma Recursal Cível – Turmas Recursais - Relator: Clovis Moacyr Mattana Ramos - Julgado em 15/03/2006)

pelo intérprete para fundamentar a proteção de interesses patrimoniais das partes, diante do reconhecimento da existência de relação contratual de fato, independentemente da existência de negócio jurídico.

1.2. Vedação ao enriquecimento sem causa.

O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, expressamente disposto no Código Civil de 2002 nos artigos 884 a 886¹⁰, é um princípio que repele a obtenção de vantagem patrimonial às custas de outrem, sem a presença de causa justificadora.

Tal princípio importará na obrigação de restituir por parte daquele que enriqueceu indevidamente, dependendo da presença dos seguintes requisitos elencados por Silva (2011, p.99): a) a existência do enriquecimento, isto é, o acréscimo patrimonial da pessoa obrigada a restituir; b) que o enriquecimento se dê à custa de outra pessoa; c) a interdependência entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro em virtude do mesmo fato; d) a inexistência de causa que justifique o enriquecimento; e e) a ausência de outro meio para ressarcir o empobrecido.

Para Serpa Lopes (2001), Antunes Varela (1970) e Fernando Noronha (2003), o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa é fonte autônoma de obrigações. Muito embora sua atribuição clássica seja operar como instrumento de restabelecimento patrimonial, de forma a recuperar para o empobrecido o que lhe foi subtraído ou o que deixou de ganhar, na medida do enriquecimento, poderá atribuir outra função, que é a de protagonizar o reconhecimento de relações contratuais sem negócio jurídico fundante. (SILVA, 2011, p. 102).

Um exemplo da aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa por parte do intérprete com a finalidade de reconhecimento de atividade sem negócio jurídico fundante, acontece nas hipóteses dos chamados “condomínios de fato”.

É comum, em locais onde a prestação de serviços públicos é pouco eficiente, que os moradores se unam para a formação de uma associação, com o objetivo de proporcionar melhores serviços para os moradores das localidades, rateando as despesas entre si, como limpeza das ruas, contratação de segurança, sinalização, manutenção das áreas de lazer em

¹⁰ Código Civil. Art. 884. “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.” Art. 885. “A restituição é devida não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.” Art. 886. “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.”

comum, etc. Porém, muitas das vezes, nem todos os moradores optam por se associarem, o que acaba gerando conflitos em razão de que, alguns moradores, a despeito de usufruírem dos serviços prestados pela associação, entendem não ser devida a quantia devida em razão do rateiro alegando a inexistência de vínculo associativo.

Nesses casos, realmente, como não há declaração de vontade exteriorizada aderindo à associação, não há como obrigar o proprietário do imóvel a ser associado força de vedação constitucional (artigo 5º, XX, da Constituição da República¹¹). A solução que vem sendo proferida por alguns órgãos julgadores está relacionada ao reconhecimento de uma relação jurídica obrigacional, desprovida de negócio jurídico fundante. Isto é, a vontade, neste caso está direcionada à prática da atividade associativa, e não à celebração do contrato. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, torna-se importante para auxiliar o intérprete no deslinde da questão, resguardando os interesses patrimoniais envolvidos, a despeito da ausência de negócio jurídico formal, a amparar a transação.

Tal entendimento já foi sufragado em algumas decisões no Superior Tribunal de Justiça, de modo a legitimar a cobrança das parcelas associativas dos condôminos inadimplentes:

1. Como assentado em precedente da Corte, o “Registro da Convenção de Condomínio tem por finalidade precípua imprimir-lhe validade contra terceiros, não sendo requisito 'inter partes'. Por isso não pode o condômino, sob este fundamento recusar-se a cumprir seus termos ou a pagar as taxas para sua manutenção.
2. Não tem apoio no direito beneficiar aquele que é beneficiado pelas áreas comuns deixe de pagar as despesas respectivas, prevista a incumbência da associação para este fim.
3. Recurso especial não conhecido.¹²

O exemplo dos condomínios de fato, demonstra uma hipótese de relação contratual de fato, que pode ser interpretada a partir da utilização do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa para resguardar os interesses patrimoniais em questão.

1.3. Princípio da proteção da aparência.

A teoria da aparência é um instrumento pelo qual, em nome da proteção da boa-fé, desconsidera-se o vício interno de uma situação aparentemente válida, para admitir-se a situação como se perfeita e regular fosse. A fim de proteger aquele que, de boa-fé, negocia

¹¹ Art. 5º XX. “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”

¹² STJ, 3ª. T, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 07/10/1999

com um falso titular do direito, a lei impõe a produção dos efeitos jurídicos que o negócio surtiria se ocorresse com o assentimento do verdadeiro legitimado, invadindo, portanto, seu patrimônio. (KONDER, 2006)

Este princípio objetiva prestigiar a confiança depositada nas relações sociais em decorrência da aparência suscitada por certas atividades, buscando superar o formalismo extremo de alguns regulamentos, para que estes não se tornem entraves para as transações sociais e comerciais.

Alguns autores, como Kumpel (apud SILVA, 2011 p.106) relacionam o princípio da aparência com o valor da segurança jurídica. Outros, como Menezes Cordeiro (2011), entendem ser a confiança o principal valor protegido através de tal doutrina. Entretanto, a doutrina parece partilhar do entendimento de que a teoria da aparência busca proteger vários valores, como a boa-fé nas relações jurídicas, a segurança, a lealdade e a confiança no tráfego social.

Em algumas decisões judiciais, pode-se observar a construção da fundamentação com base na teoria da aparência para tutelar situações patrimoniais não albergadas pela doutrina do negócio jurídico. Em acórdão da lavra da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Helio Quaglia Barbosa, foi decidido em lide envolvendo dois clubes de futebol - na qual uma das partes requeria a execução do contrato por descumprimento de cláusula contratual e a outra, em matéria de defesa, sustentava a existência de vício que aniquilaria a sua validade (ausência de assinatura de vice-presidente do clube) – que não merecia prosperar o apelo processual da parte que pretendia se valer de sua própria torpeza para afastar a força executiva de um título executivo extrajudicial através de um suposto vício que a própria parte recorrente deu causa, nos seguintes termos:

1. Incensurável o tratamento dado ao caso pela Corte de origem, não só pela distinção feita entre a natureza do contrato exequendo (art. 585, II, CPC), face aos títulos executivos extrajudiciais relacionado na regra estatutária, cujo descumprimento teria o condão de viabilizar o processo executivo, mas, principalmente, pela repulsa à invocação de suposto vício na constituição do pacto, levado a efeito pelo próprio executado, uma vez havendo o recorrido agido de boa-fé e alicerçado na teoria da aparência, que legitimava a representação social por quem se apresentava como habilitado à negociação empreendida.
2. Denota-se, assim, que a almejada declaração de nulidade do título exequendo está nitidamente em descompasso com o proceder anterior do recorrente (a ninguém é lícito *venire contra factum proprium*).
3. Interpretação que conferisse o desate pretendido pelo recorrente, no sentido de que se declare a inexecutibilidade do contrato entabulado entre as partes, em razão de vício formal, afrontaria o princípio da razoabilidade,

assim como o da própria boa-fé objetiva, que deve nortear tanto o ajuste, quanto o cumprimento dos negócios jurídicos em geral.

4. Recurso especial não conhecido¹³.

Os tribunais reconhecem e aplicam largamente a teoria da aparência, a despeito da inexistência, em nosso ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de proteção da confiança em virtude da aparência. Para alguns autores, como Orlando Gomes, Arnaldo Wald e Vicente Ráo (apud Konder, 2006, p. 117), o que existe é a teoria da aparência como princípio implícito, muito embora este entendimento seja bastante controvertido.

Alguns artigos do Código Civil demonstram a aplicação da teoria, isto é, uma série de normativas de proteção de situações concretas nas quais se busca tutelar o sujeito de boa-fé diante da existência de uma falsa aparência de regularidade jurídica, mesmo com prejuízo do verdadeiro titular do direito¹⁴. A hipótese clássica de aplicação da teoria nos tribunais aparece no caso do mandato aparente, no qual todos os atos do mandatário ajustados com contratantes de boa-fé são válidos e vinculam o mandante desde que o mandatário ignore a extinção do mandato, trata-se da aparência de representação.

Isto posto, procurou-se demonstrar a utilidade do princípio da aparência para o reconhecimento de situações jurídicas patrimoniais desprovidas de negócios jurídicos, e para a tutela de direitos patrimoniais das partes de acordo com o ordenamento jurídico.

¹³ CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DOS DIREITOS FEDERATIVOS DE ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. VÍCIO NA CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXEQUENDO. AUSÊNCIA DA ASSINATURA DO VICE-PRESIDENTE FINANCEIRO DO CLUBE. IMPOSIÇÃO DO ESTATUTO. FORÇA EXECUTIVA RECONHECIDA. TEORIA DA APARÊNCIA. BOA-FÉ OBJETIVA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (STJ, 4A T., Resp. 681.856-RS, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, D.J. 06/08/2007, julg. 12.06.2007)

¹⁴ O Código Civil, no artigo 180 (Art. 180. *O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior*), veda ao menor que dolosamente omite sua incapacidade, a invocação desta para eximir-se do cumprimento da obrigação. Nos artigos 309 (Art. 309. *O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor*) e 311 (Art. 311. *Considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante*), o Código protege o devedor de boa-fé diante do credor putativo. No artigo 1268 (Art. 1268. *Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar como dono*), o código protege a alienação feita por proprietário aparente a adquirente de boa-fé quando esta ocorrer em leilão ou estabelecimento comercial. O casamento putativo, artigo 1561 do Código Civil (Art. 1561. *Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído por boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória*), também é uma construção que se relaciona com o princípio da aparência, assim como o herdeiro aparente, art. 1817 do Código Civil (Art. 1817. *São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhes perdas e danos*).

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou demonstrar que, a partir da releitura conceitual do contrato sob a ótica da atividade ascareliana, é de suma importância a aplicação dos princípios para guiar o intérprete na leitura das cláusulas contratuais que não foram formalmente estabelecidas pelas partes.

A metodologia civil-constitucional mostra-se relevante para este intento, mormente no atual contexto pós-positivista e no âmbito da interpretação jurídica, uma vez que se trata de uma teoria não formalista, refutando a mera subsunção lógica, e buscando uma interpretação sistemática e axiológica, consentânea com objetivos de realização dos valores constitucionais, responsáveis por orientar o sistema como um todo, trazendo a justiça ao caso concreto e elevando os princípios ao patamar de normas jurídicas.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ASCARELLI, Tullio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**. Barcelona: Bosch, 1987.
- BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Vol. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. A modernidade líquida. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.
- _____. **Diálogos com Zygmunt Bauman**. Entrevista. Londres: Fronteiras do Pensamento, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>>, Acesso em 20 de julho de 2014.
- CHEDIEK, Juliana da Silva Ribeiro Gomes. *Mercantilização da Virgindade e Dignidade da Pessoa Humana in MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego, RITO (Org), Direito das Relações Patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como um processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.
- FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 25-44.
- GODOY, C. L. B. **Função social do contrato**: de acordo com o novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HADDAD, L. G. **Função social do contrato**: um ensaio sobre seus usos e sentidos. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KONDER, Carlos Nelson. A proteção pela aparência como princípio. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 111-134.
- _____. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas

da contratualização dos deveres anexos no julgamento do Resp 1276311. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Vol. 50. Rio de Janeiro: Editora PADMA, 2012. p. 217-236.

LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico (1956). In.: **Revista de Direito da FGV**. Rio de Janeiro: FGV, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006, pp. 55-64.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 5. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEDREIRA DA SILVA, Juliana. **Contratos sem negócio jurídico**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RULLI NETO, A. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SERPA LOPES. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: Gustavo Tepedino (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Vol. 44. (outubro/dezembro 2010). Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 19-30.

_____. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p.01-11.)

_____. Evolução da autonomia da vontade e o papel da vontade na atividade contratual. In: ADAMEK, M.; FRANÇA, E. V. (Org.). **Temas de direito empresarial e outros estudos**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 316-115.

_____. Itinerário para um imprescindível debate metodológico (Editorial). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 35, jul/set. 2008.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: FACHIN, L. E.; TEPEDINO, G. (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 1970.